

plir la formalité de l'inscription, et que s'ils ne le font pas, ils doivent s'en prendre à leur négligence, s'ils éprouvent un préjudice; ils peuvent répondre que, sous l'empire du code, leur droit était à l'abri de toute négligence; la loi altère donc leur droit, elle le diminue, elle le compromet. Il y a même des créanciers dont le droit peut périr, sans qu'il y ait aucune négligence à leur reprocher, ce sont les incapables. Tous éprouvent donc un préjudice plus ou moins grand, par suite des dispositions rétroactives de la loi nouvelle. Cependant ils n'ont pas le droit de se plaindre, car ils n'ont que leur intérêt à opposer au législateur, et l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt privé. La loi belge a fait ce qu'avait fait la loi française du 11 brumaire an VII : la publicité qu'elle établit aurait été incomplète, et n'aurait pas eu les avantages que le législateur en attend, si les hypothèques légales acquises sous le code avaient conservé leur effet sans inscription. Ce que nous disons de l'inscription des hypothèques légales s'applique à la spécialisation des hypothèques judiciaires (1).

La doctrine consacrée par la loi du 16 décembre 1851 n'est-elle pas en opposition avec les principes universellement admis sur les formes instrumentaires? Nous enseignons, avec tous les auteurs et avec la jurisprudence, que la loi ne pourrait, sans rétroagir, établir des formes nouvelles pour la validité des actes reçus sous la loi ancienne. Ne faut-il pas admettre la même décision pour l'inscription et la spécialisation? Non, car il n'y a pas même raison de décider. Les formalités prescrites pour la publicité des hypothèques ne sont pas des formes instrumentaires : elles n'ont pas pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties, elles ont pour but de garantir l'intérêt des tiers. Quand il s'agit de formes instrumentaires, il n'y a pas d'intérêt général en cause; tandis que c'est l'intérêt général qui commande la publicité la plus complète des hypothèques. Les parties qui ont observé

(1) Rapport de la commission de la Chambre sur le projet de loi hypothécaire (*Recueil des documents sur la loi hypothécaire*, publié par Parent, p. 169).

les formes établies par la loi pour la validité de leurs actes, ont un droit à opposer au législateur, celui qui résulte de l'observation de la loi. Le créancier, au contraire, qui a une hypothèque dispensée d'inscription ou de spécialisation, ne peut pas invoquer un droit; c'est le législateur qui le lui a donné et le législateur peut aussi le modifier.

119. Ce que le législateur peut faire, le juge le pourrait-il, dans le silence de la loi? Nous ne le croyons pas. On n'a qu'à lire les dispositions transitoires de la loi hypothécaire pour se convaincre que le législateur seul peut les prescrire. Il fallait déterminer un délai dans lequel les inscriptions devaient être prises pour conserver le rang des créanciers hypothécaires; il fallait régler par qui se ferait l'inscription, quand l'hypothèque appartient à des incapables. Il est évident que ces mesures de transition ne peuvent être prises que par le pouvoir législatif. Il y avait de plus à examiner si l'intérêt général devait l'emporter sur l'intérêt des incapables, lequel est aussi un intérêt général. Dans ce conflit d'intérêts opposés, le législateur seul peut décider lequel doit être sacrifié. Si donc la loi du 16 décembre 1851 n'avait pas rétroagi expressément, le juge n'aurait pas pu l'appliquer au passé. Cela prouve que le juge ne peut pas faire rétroagir la loi dans tous les cas où le législateur le pourrait.

220. La loi hypothécaire ne dit pas, en termes formels, que les actes translatifs de droits réels immobiliers, faits sous l'empire du code Napoléon, sont dispensés de la formalité de la transcription. Mais il n'est pas douteux que telle n'ait été la volonté du législateur; dans les travaux préparatoires, il a été dit et répété que la loi ne pouvait, sans rétroagir, soumettre à la transcription des actes de transmission auxquels le code donnait effet à l'égard des tiers sans publicité aucune. On a regretté que la loi n'eût pas formulé la volonté du législateur. Nous préférons aussi une déclaration expresse à la volonté tacite; mais dans l'espèce une disposition formelle était inutile. Le législateur ayant prescrit des mesures transitoires qui font rétroagir la publicité quant aux privilèges et hypothèques,

et ne prescrivant rien pour les actes translatifs de propriété immobilière passés sous le code, son intention de les dispenser de la transcription est par cela même évidente (1).

Mais est-il vrai, comme on l'a dit dans le rapport et dans la discussion, qu'il y aurait rétroactivité si le législateur avait déclaré que les actes translatifs de droits immobiliers, faits sous le code, devraient être transcrits pour avoir effet à l'égard des tiers (2)? Il y aurait eu rétroactivité, et même violation de l'article 11 de la constitution, si la loi nouvelle avait annulé les actes de propriété faits par les acquéreurs dont les titres n'avaient pas été transcrits. Mais si la loi s'était bornée à dire qu'à l'avenir aucun propriétaire ne pourrait faire un acte de disposition valable à l'égard des tiers, avant d'avoir transcrit, il nous paraît évident qu'il n'y aurait pas eu de rétroactivité. On invoque si souvent, à tort et à travers, le principe de la non-rétroactivité, qu'il importe de mettre le droit du législateur hors de toute controverse.

Nous disons que la loi nouvelle aurait pu appliquer à la transcription des actes translatifs de propriété immobilière la disposition qu'elle a prise pour l'inscription et la spécialisation des hypothèques. Sur quels principes s'est-on fondé pour faire rétroagir la publicité en matière d'hypothèques? Sur la doctrine des auteurs dont l'autorité est la plus grande en cette matière. « Encore que les droits qui résultent des contrats, dit Merlin, soient hors de l'atteinte de la loi postérieure, la loi postérieure n'en peut pas moins, pour l'avenir, en subordonner l'exercice à telles formalités, à telles diligences, à telles conditions qu'il lui plaît, pourvu que ces formalités, ces diligences et ces conditions ne dépendent point d'événements ou de faits étrangers à la volonté des parties auxquelles elle les impose, ou, en d'autres termes, pourvu que ces parties ne puissent imputer qu'à leur propre incurie la perte qu'elles éprouvent par l'inaccomplissement de ces formalités, de ces diligences, de ces con-

(1) Martou, *Les privilèges et hypothèques*, t. 1^{er}, n° 143.
 (2) Parent, *Discussions de la loi hypothécaire*, p. 169, 332, 526 et suiv.

ditions. » Merlin cite comme exemple les substitutions fidéicommissaires; la loi ne pourrait pas priver de son droit le substitué né ou conçu lors de l'ouverture de la substitution, puisque ce serait lui enlever un droit qui dès lors est dans son domaine; elle ne pourrait pas même priver de son expectative celui dont le droit n'était pas encore ouvert, mais elle pourrait très-bien l'obliger à transcrire son titre pour lui donner effet à l'égard des tiers. Merlin ne le dit que pour le cas d'expectative; les principes sont les mêmes pour le cas où le droit est déjà ouvert. Meyer pose le même principe, et il en donne la raison, c'est l'utilité générale (1).

Nous avons une autorité plus grande que celle de ces éminents jurisconsultes, c'est l'autorité du législateur belge. Il aurait pu appliquer à la transcription ce qu'il dit de l'inscription des hypothèques, parce qu'il y a identité absolue de raison. S'il n'y a pas de droit acquis pour le créancier hypothécaire, il n'y en a pas davantage pour le propriétaire, car l'un et l'autre ont un droit réel qui est dans leur domaine. Si le législateur peut, sans enlever un droit acquis, soumettre les hypothèques à l'inscription, quoique la loi ancienne leur donne effet sans publicité, il peut aussi soumettre les actes translatifs de propriété à la transcription, bien que le code leur donne effet à l'égard des tiers sans publicité. Que si l'on admet qu'il y a droit acquis pour les propriétaires, il faut dire aussi qu'il y a droit acquis pour les créanciers hypothécaires. Il y a plus. La position du créancier hypothécaire que l'on oblige à inscrire son titre, est bien plus désavantageuse que ne le serait la condition du propriétaire que l'on obligerait de transcrire le sien; car l'hypothèque n'a, en général, d'autre effet que celui qu'elle produit à l'égard des tiers: donc quand la loi subordonne cet effet à une formalité nouvelle, elle compromet le droit même du créancier. Il n'en est pas de même d'une loi qui obligerait les propriétaires à transcrire leur titre. Alors même qu'ils ne le transcriraient pas, ils n'en resteraient pas moins propriétaires, ils n'au-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 11.

raient pas moins le droit de jouir, d'user et d'abuser; ils conserveraient même le droit d'aliéner; seulement l'aliénation n'aurait aucun effet à l'égard des tiers, tant qu'ils n'auraient pas fait la transcription. Notre conclusion est que si le législateur peut, sans rétroagir, imposer l'inscription aux créanciers hypothécaires, il peut, à plus forte raison, imposer la transcription aux propriétaires.

c. Bail.

221. Dans l'ancien droit, quand le bailleur vendait la chose louée, l'acquéreur pouvait expulser le fermier ou le locataire; le code civil (art. 1743), au contraire, l'oblige d'entretenir le bail, s'il est authentique ou s'il a date certaine. Un bail a été fait avant la publication du code; la chose louée est vendue sous l'empire de la loi nouvelle: faut-il appliquer l'article 1743? La cour de Dijon l'a fait. Elle reconnaît qu'en appliquant le code aux baux antérieurs, elle leur donne un effet qu'ils n'auraient pas eu sous l'ancien droit; mais il n'en résulte pas, dit-elle, que la loi nouvelle rétroagisse; car ce n'est pas le droit du bailleur qui est en cause, c'est celui de l'acheteur; or, celui-ci a acheté sous le code civil qui ne lui permet pas d'expulser le preneur; et, sachant qu'il doit maintenir le bail, il aura payé son prix en conséquence. L'équité comme le droit demandent donc que la loi nouvelle reçoive son application (1).

Merlin critique cet arrêt, et les auteurs se sont rangés de son avis. Il y a une considération qui est décisive. Le bailleur peut stipuler, d'après l'article 1743, que le bail sera rompu en cas de vente; s'il le peut sous le code, il l'a pu aussi sous l'ancien droit, et il l'a fait, alors même que le bail n'aurait pas renfermé de clause expresse à cet égard; il était inutile de le dire, puisque la loi le disait pour lui. Donc le droit d'expulser est un droit conventionnel et, comme tel, il doit être maintenu par le juge, sous

(1) Arrêt du 29 prairial an XIII (Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 6).

l'empire du code. Pourquoi l'acquéreur pouvait-il expulser le preneur sous l'ancienne législation? Parce que le preneur n'avait qu'un droit personnel. Le code lui donne un des caractères du droit réel, puisqu'il lui permet d'opposer son bail à un tiers. Conçoit-on qu'un contrat qui, au moment où il est formé, n'engendre qu'un droit personnel, produise un droit réel, en vertu d'une nouvelle loi? La rétroactivité serait évidente.

La considération d'équité qui a entraîné la cour de Dijon, n'est pas mieux fondée. En effet, le bailleur qui vend la chose louée, et celui qui l'achète devaient savoir que l'acheteur n'aurait pas le droit d'expulser le preneur, puisqu'il y avait une clause du bail qui le défendait; dès lors le prix aura été fixé en tenant compte de ce fait. Une chose est certaine, comme le dit Merlin, c'est que l'ancienne loi a dû influencer sur la fixation du loyer. Dès lors, il serait injuste de modifier les conventions des parties.

Cependant il est vrai de dire, avec la cour de Dijon, que le législateur aurait pu rétroagir. Le droit d'expulser le fermier est contraire à l'intérêt général; le législateur aurait donc pu l'abolir d'une manière absolue, même pour le passé. Il aurait enlevé au bailleur le droit de vendre, avec faculté pour l'acquéreur de rompre le bail, mais il pouvait lui enlever ce droit, puisqu'il s'agit seulement du mode d'exercer la propriété, et la loi peut toujours régler l'exercice d'un droit dans l'intérêt de la société. Et si le législateur avait interdit d'une manière absolue le droit d'expulser, le juge aussi aurait dû appliquer la loi nouvelle au passé, puisqu'il n'aurait fait qu'exécuter la volonté du législateur. Mais le code ne prohibe pas l'expulsion d'une manière absolue; il permet, au contraire, au bailleur de stipuler que le bail sera rompu par la vente. Dès lors, on ne peut plus dire que la loi nouvelle est d'intérêt général et que, comme telle, elle doit régir le passé. Le législateur permet de subordonner l'intérêt de la société aux convenances des parties; par suite, le juge doit maintenir leurs conventions pour le passé aussi bien que pour l'avenir.

222. Le bail fait par l'usufruitier donne lieu à une

question plus douteuse. D'après l'ancien droit, le bail cessait de plein droit à la mort de l'usufruitier; tandis que le code civil maintient le contrat, dans les limites d'un bail d'administration, c'est-à-dire pour une période de neuf ans (art. 595, 1489). Est-ce la loi nouvelle qu'il faut appliquer, quand l'usufruit a été constitué avant la publication du code? Si le bail est antérieur au code, il n'y a aucun doute; le contrat n'a été fait que pour la vie de l'usufruitier; le juge ne peut pas étendre la durée du bail, contre la volonté des parties contractantes, sans porter atteinte à un droit conventionnel. Mais que faut-il décider, si le bail a été fait depuis la publication du code? Ici il y a une raison de douter. Ne peut-on pas dire qu'un contrat fait sous l'empire de la loi nouvelle doit être régi par cette loi? Cependant la cour de Paris a décidé que le code Napoléon ne pouvait être appliqué sans rétroactivité, sans porter atteinte à des droits acquis (1). Tel est aussi l'avis de Proudhon (2).

Nous croyons que la cour de Paris a bien jugé. La question doit être décidée, non par le contrat de bail, mais par l'acte constitutif de l'usufruit. Il s'agit de savoir quels baux l'usufruitier peut faire; or, les droits de l'usufruitier sont régis par l'acte qui établit l'usufruit, donc par la loi qui est en vigueur au moment où l'usufruit est constitué. Est-ce à dire que le législateur n'aurait pas pu régir le passé, comme semble le croire la cour de Paris? A la rigueur, il aurait pu modifier les baux faits sous l'ancien droit, car l'intérêt général s'oppose à ce que les fermiers soient expulsés avant la fin de leur bail. Il est vrai que ce serait modifier un droit conventionnel; mais la loi le peut, quand l'intérêt de la société l'exige. A plus forte raison le législateur aurait-il pu dire que les baux faits par l'usufruitier après la publication du code seraient régis par la loi nouvelle. Il est vrai qu'il aurait encore lésé un intérêt, et même un droit conventionnel du nu propriétaire; car celui-ci a, en vertu de l'acte constitutif de l'usufruit,

(1) Arrêt du 18 août 1825 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 264).

(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 73 et suiv. (édition de 1842).

le droit de rentrer dans la jouissance de sa chose, à la mort de l'usufruitier, alors même qu'elle serait occupée par un fermier. Mais, encore une fois, le législateur le pourrait faire, sans violer l'article 11 de la constitution; il dérogerait au principe de la non-rétroactivité, mais ce principe ne le lie que dans les limites de l'article 11. Quant au juge, il ne le peut pas, car il est lié, lui, par l'article 2 du code civil: il ne peut pas porter atteinte à un droit conventionnel, à moins que la loi ne rétroagisse expressément, car il faut une loi pour que le juge puisse déroger au principe de la non-rétroactivité.

N° 4. RÉOLUTION DES CONTRATS

223. La résolution des contrats est régie par la volonté des parties contractantes, aussi bien que l'effet qu'ils produisent. On peut dire que la résolution est un effet de la convention. Peu importe que l'attention des parties se soit portée sur les causes qui pourront amener la fin de leurs relations; elles n'ont pas besoin de prévoir toutes les éventualités, puisque le législateur a pris ce soin pour elles. Comme le dit l'article 1135 du code civil, « les conventions obligent non-seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » La résolution est donc censée stipulée, conformément à la loi, aussi bien que les autres suites des contrats. Ce que nous disons de la résolution s'applique aussi à la révocation. Il n'y a qu'une différence de termes, qui n'exerce aucune influence sur les droits des parties: l'un s'entend plus particulièrement des contrats à titre onéreux, et l'autre des donations, mais les principes qui les régissent sont les mêmes. La loi nouvelle ne disposant que pour l'avenir, ne peut pas régir les causes de résolution des contrats faits sous l'empire de la loi ancienne. Ce principe nous paraît incontestable; cependant il a donné lieu, dans son application, à de nombreuses difficultés.

224. L'article 1978 du code civil porte que le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère

n'autorise pas le créancier à demander le remboursement du capital. Faut-il appliquer cette disposition aux contrats faits avant la publication du code, sous une loi qui autorisait la résolution pour cette cause ? La jurisprudence est divisée (1). Nous croyons que la question doit se décider d'après le principe que nous venons de poser, et sans distinguer si la résolution a été demandée sous l'empire de l'ancienne législation, ou si elle l'est sous le code civil. Il s'agit d'un droit conventionnel; dès lors le juge ne peut, sans rétroagir, le modifier en vertu de la loi nouvelle. Les parties peuvent déroger à l'article 1978; elles peuvent convenir que si le débiteur ne paye pas les arrérages, il devra rembourser le capital. Si la résolution stipulée sous le code est maintenue, pourquoi ne maintiendrait-on pas la stipulation faite avant le code ? Le législateur, après avoir déclaré le contrat résoluble, le déclare ensuite non résoluble, mais il n'entend pas lier les parties; il prévoit et présume leurs intentions, en leur permettant d'avoir une volonté contraire. Peut-on dire que les auteurs du code civil ont prétendu expliquer ce que les parties ont voulu avant sa publication ? Cela n'aurait pas de sens : le législateur présume ce que les parties contractantes voudront à l'avenir, mais non ce qu'elles ont voulu dans le passé. Notre opinion est celle de Mailher de Chassat, et elle tend à prévaloir dans la jurisprudence (2).

225. Le droit ancien prononçait la révocation des donations pour des causes que le code civil n'admet plus. D'après le code, les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. La femme mariée avant le code, et qui depuis obtient la séparation de corps pour sévices et mauvais traitements, peut-elle demander la révocation des libéralités qu'elle avait faites à son mari par le contrat de mariage ? La cour de cassation lui a reconnu ce droit, et avec raison; car les donations faites sous l'ancien droit étaient des contrats révocables; le juge ne peut pas en faire des contrats

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 274.

(2) Mailher de Chassat, *Commentaire approfondi*, t. II, p. 250.

irrévocables, ce serait dénaturer des droits conventionnels. Vainement dirait-on que la femme n'a pas songé à la révocation pour cause d'ingratitude, lorsqu'elle a fait une libéralité à son futur conjoint; que par suite il n'y a pas de clause tacite de révocation. Non, certes, elle n'y a point songé, mais le législateur y a songé pour elle. Vainement encore dirait-on que le législateur aurait pu déclarer les donations irrévocables, même pour le passé : il aurait pu le faire, en ce sens qu'il n'est pas lié par l'article 2 du code; mais le juge est lié par cet article; le juge ne peut donc pas ce que peut le législateur; il ne peut que ce que veut la loi; or, il n'y a aucune raison d'intérêt général qui puisse engager le législateur à régir le passé en cette matière; dès lors, s'il ne l'a pas fait expressément, le juge ne peut pas admettre qu'il l'ait voulu (1).

226. L'article 912 du code civil porte que le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans. Sous l'ancienne législation, cette cause de résolution n'existait pas. On demande si le débiteur d'une rente constituée avant la publication de la loi nouvelle peut être contraint à en rembourser le capital, lorsque, sous l'empire du code, il cesse pendant deux ans d'en acquitter les arrérages. Cette question fameuse, dit Merlin, est aujourd'hui invariablement résolue dans le sens affirmatif. La cour de Turin commença par adopter la négative. Chabot défendit cette opinion avec beaucoup de force, en se fondant sur le principe que les effets des contrats se règlent par la loi du temps où ils sont passés. Merlin ne conteste pas le principe, mais il prétend qu'il est modifié par cet autre principe, non moins constant, que le législateur peut imposer à celui qui a un droit conventionnel une condition nouvelle qu'il dépend de lui d'accomplir. Telle est la condition établie par l'article 1912; si le débiteur ne remplit pas ses obligations pendant deux ans, il ne doit imputer qu'à sa propre incurie la perte qu'il éprouve, puisqu'il dépendait de lui de remplir la condition que la loi

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, nos 297-299.

nouvelle établit pour le maintien de son droit (1). Cette opinion a été consacrée par de nombreux arrêts, et elle est adoptée par la plupart des auteurs (2).

Nous admettons le principe posé par Merlin, en ce sens que le législateur peut imposer une condition nouvelle pour l'exercice d'un droit né d'une convention antérieure; mais il nous semble que le grand jurisconsulte en fait une fautive application (3). Lorsque, dans l'intérêt des tiers, le législateur soumet les hypothèques à la publicité, il peut étendre cette formalité nouvelle au passé, parce qu'il est toujours en son pouvoir de régler et de modifier l'exercice des droits, quand l'intérêt général l'exige. Mais s'agit-il, dans l'article 1912, d'une formalité nouvelle pour le maintien d'un droit? Non, certes. Il s'agit de la résolution d'un contrat. Le code admet une nouvelle cause de résolution. Donc la question est de savoir si les causes de résolution des contrats sont régies par la loi nouvelle ou par la loi ancienne. Cette question n'en est pas une: tout le monde est d'accord pour appliquer la loi du contrat.

Y a-t-il d'autres raisons qui justifient l'opinion généralement suivie? La cour de cassation dit, dans son arrêt du 5 juillet 1812, qu'il est toujours dans la puissance du législateur de modifier pour l'avenir le mode d'exécution des contrats. La cour de Rouen dit aussi que le législateur est toujours le maître d'imposer à la négligence du débiteur telle peine qu'il juge convenable (4). Sans doute le législateur le peut; mais le juge le peut-il quand le législateur n'a pas expressément déclaré qu'il entendait régir le passé? Telle est la véritable difficulté. Eh bien, dans le silence de la loi, le juge ne peut que ce que le législateur est présumé vouloir. Or, nous le demandons, où est la raison qui puisse engager le législateur à introduire une nouvelle cause de résolution dans les contrats faits sous l'empire d'une loi ancienne? Nous n'en connaissons qu'une seule

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 11.

(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 273.

(3) C'est la remarque de Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}, p. 43.

(4) Arrêt du 27 février 1829 (Dalloz, au mot *Lois*, n° 295).

qu'il pourrait invoquer, c'est l'intérêt général. Merlin parle des nouveaux besoins de la société; la cour de Bruxelles dit « que l'article 1912 tend à coordonner le tout dans un nouveau système général qu'il établit dans l'intérêt général de l'Etat, en y adaptant les choses particulières qui, sans cela, ne seraient pas en harmonie avec le système général (1). » Tout cela est bien vague. Qu'est-ce que cet intérêt de l'Etat et ces besoins nouveaux de la société? On le cherche vainement. Il y a une preuve décisive qu'il n'y a aucun intérêt social en cause, c'est que les parties contractantes peuvent déroger à l'article 1912, et déclarer que le contrat ne sera pas résolu par le seul défaut de paiement des arrérages pendant deux ans. Puisque les parties peuvent revenir à l'ancien droit, malgré l'article 1912, il est certain que la loi nouvelle n'est pas d'intérêt général. Il s'agit tout simplement d'une clause que le législateur sous-entend dans un contrat, en supposant que telle est l'intention des parties; mais le législateur présume ce que les parties voudront dans l'avenir, et non ce qu'elles ont voulu, et il leur permet de vouloir le contraire de ce qu'il présume. Où donc serait la raison pour déclarer résoluble dans le passé un contrat que les parties ont voulu faire non résoluble et qu'elles peuvent encore faire non résoluble pour l'avenir (2)?

Non, dit M. Duvergier, on ne peut pas invoquer ici la loi du contrat; cette loi règle, à la vérité, les effets ordinaires des conventions, mais non les conséquences qui résultent de l'infraction de l'une des parties. Conçoit-on que le débiteur songe, au moment où il contracte, au cas où il manquerait à ses engagements? Ne serait-ce pas dire qu'il se réserve d'y manquer? Cela est absurde (3). Nous avons répondu d'avance à l'objection. Non, évidemment,

(1) Arrêt de la cour supérieure de Bruxelles, du 8 mai 1820, siégeant comme cour de cassation. La jurisprudence des cours de Belgique est toujours dans le même sens. Voyez arrêts de la cour de Bruxelles du 30 octobre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 28), et de la cour de Liège du 9 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 197).

(2) C'est la remarque de Valette sur Proudhon (*Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 67).

(3) Duvergier, *Traité du prêt à intérêt*, n° 359.

les parties ne pensent pas, en contractant, qu'elles manqueront à leurs engagements; cependant elles doivent prévoir que cela pourra arriver, puisque cela arrive tous les jours. Dans cette prévision, ne faut-il pas qu'elles sachent quelles seront les conséquences de l'inaccomplissement de leurs obligations? Souvent elles les écrivent dans leurs contrats : preuve qu'elles y songent. Mais elles n'ont pas besoin de les écrire; le législateur le fait pour elles, et ces clauses tacites ont le même effet que les clauses expresses. Dès lors il s'agit de droits conventionnels que le législateur doit respecter et qu'il est présumé respecter, puisqu'il n'a aucune raison de les altérer.

N° 5. PREUVE, EXÉCUTION ET PROCÉDURE.

227. Les auteurs s'accordent à enseigner que le mode d'exécution des contrats est réglé, non par la loi qui était en vigueur quand les parties ont contracté, mais par celle qui existe au moment où elles procèdent à l'exécution de leurs conventions (1). Ce principe est fondé en raison. Ce ne sont pas les parties qui exécutent, c'est la puissance publique qui leur prête son appui pour obtenir l'exécution forcée des obligations qui résultent des contrats. Or, dès que l'Etat intervient, c'est à lui à régler les conditions sous lesquelles il veut intervenir, ainsi que les formes de son intervention. Cela est de droit public et non de droit privé. Dès lors les parties n'ont aucun droit à opposer au législateur, quand il modifie le mode d'exécution des contrats. Elles pourraient tout au plus invoquer leur intérêt, mais l'intérêt privé cède devant le droit de l'Etat.

228. Un contrat a été passé en la forme authentique, sous la coutume de Paris, laquelle ne permettait au créancier de le mettre à exécution contre les héritiers du débiteur qu'après l'avoir fait déclarer exécutoire contre eux par un jugement. Le code civil change le mode d'exécution; aux termes de l'article 877, les titres exécutoires contre

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III. § 10.

le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement. Il a été jugé par la cour de Paris que le créancier pouvait se prévaloir de la loi nouvelle (1).

229. L'application du principe souffre quelque difficulté quand il s'agit de la contrainte par corps. Il a été jugé qu'un étranger pouvait être arrêté en vertu de la loi du 10 septembre 1807, pour une dette contractée avant qu'elle fût publiée (2). Il y avait un motif de douter : l'étranger ne pouvait-il pas dire qu'il avait contracté sous l'empire d'une loi qui lui assurait la liberté de sa personne, et qu'il n'aurait pas contracté, s'il avait prévu qu'il engagerait sa liberté? Cela peut être très-vrai, mais cela n'empêche pas le législateur d'introduire un mode d'exécution qu'il croit nécessaire pour garantir les droits des indigènes, et d'appliquer ce nouveau mode au passé. C'est précisément parce que la liberté est en cause, que la loi nouvelle est d'ordre public; dès lors, elle doit régir le passé aussi bien que le présent.

Mais aussi il faut décider que si une loi nouvelle abolit la contrainte par corps, elle profite aux débiteurs qui, en vertu de la loi ancienne, y étaient soumis. Nous sommes étonnés que M. Duvergier soutienne le contraire (3). Sans doute, les parties ont contracté sous la foi d'une loi qui autorisait le créancier à emprisonner son débiteur. Est-ce à dire que le créancier ait un droit à l'emprisonnement que le législateur ne puisse lui enlever? Si le législateur abolit la contrainte par corps, c'est qu'il nie qu'il y ait un droit sur la liberté du débiteur. Et l'on veut que sous une loi qui proclame que le débiteur n'engage pas sa liberté, un créancier puisse incarcérer son débiteur! Autant vaudrait dire que si une loi abolissait l'esclavage, elle laisserait les esclaves dans les fers! Il n'y a pas de droit contre la liberté.

230. Les modes de preuve sont régis par la loi qui

(1) Arrêt de la cour de Paris du 9 vendémiaire an xi (Daloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 362).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 22 mars 1809 (Daloz, au mot *Cautonnement*, n° 557).

(3) Duvergier, *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois*.

était en vigueur lors du contrat (1). C'est un droit conventionnel, qu'une loi nouvelle ne peut modifier que pour l'avenir. Cela ne fait pas de doute quand le mode de preuve ne concerne que l'intérêt des parties. L'article 1325, qui établit des formalités nouvelles pour la validité des écrits constatant des conventions synallagmatiques, ne peut être appliqué aux contrats faits avant la publication du code civil (2). Nous croyons que le législateur lui-même n'aurait pu déclarer cette disposition applicable aux écrits rédigés sous la loi ancienne; car en privant les parties d'une preuve légale, de la seule preuve qu'elles avaient, il leur enlèverait indirectement les droits qu'elles tenaient de leur contrat, puisqu'elles seraient dans l'impossibilité d'en fournir la preuve.

Mais que faudrait-il décider si le législateur prohibait d'une manière absolue la preuve testimoniale, en se fondant sur le danger des faux témoignages? Pourrait-il, au nom de l'intérêt général, au nom de la moralité publique, interdire la preuve par témoins, même pour le passé? Nous ne le croyons pas; si l'intérêt général domine sur l'intérêt privé, il s'arrête là où il rencontre un droit; or, faute de preuve, le droit peut périr. Donc enlever la preuve, c'est enlever le droit. Cela décide la question.

231. Il ne faut pas confondre les modes de preuve avec les formes établies par une loi nouvelle pour administrer la preuve en justice. Les formes tiennent à la procédure, elles sont de droit public, et partant le législateur les peut toujours modifier. Cela ne veut pas dire que la loi nouvelle puisse annuler les actes faits sous l'empire de la loi ancienne. A la rigueur, sans doute, le législateur le pourrait, puisque en cette matière il n'y a pas de droit acquis, pas de droit de domaine; mais le législateur ne doit pas faire tout ce qu'il peut. C'est le cas d'appliquer le principe que les actes conformes à la loi doivent être maintenus, non-seulement dans l'intérêt des particuliers, mais aussi

(1) Arrêt de la cour de cassation de Belgique du 16 mars 1850 (*Pastorie*, 1850. I, 195).

(2) C'est l'opinion générale. Voyez les auteurs cités dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 335, et la jurisprudence (*ibid.*, n° 250).

pour sauvegarder l'autorité de la loi. Quant aux actes nouveaux, ils doivent se faire dans les formes que prescrit la loi qui existe lorsqu'ils sont faits. De nombreux arrêts l'ont décidé ainsi; nous nous bornerons à citer l'arrêt de la cour de cassation du 23 février 1807, rendu sur les conclusions de Daniels. Le code civil règle les formes dans lesquelles doit se faire la preuve de la lésion, lorsque le vendeur attaque une vente de ce chef (art. 1678, 1679). Faut-il que le demandeur les observe, alors que la vente a été faite avant la publication de la loi nouvelle? L'affirmative ne souffre aucun doute (1).

Le code de procédure contient cependant une disposition qui semble contredire le principe formulé par la cour de cassation, « que dans la rédaction des actes on doit toujours suivre les formes prescrites par les lois alors en vigueur. » Aux termes de l'article 1041, tous procès qui seraient commencés depuis le 1^{er} janvier 1807 devaient être instruits conformément aux dispositions du nouveau code; ce qui signifie bien clairement, dit Merlin, que dans les procès commencés avant cette époque on continuerait de suivre les formes prescrites par les lois anciennes. L'article 1041 est-il l'application d'un principe général en matière de procédure, ou est-ce une exception? Meyer veut que ce soit une règle. La procédure, dit-il, ne peut être un assemblage incohérent d'actes entre lesquels il n'y aurait aucune connexité; elle doit, au contraire, et sa nature même l'exige, faire dériver les actes subséquents de ceux qui les précèdent, et dont ils ne sont que le développement; il serait donc absurde d'introduire une nouvelle forme dans des causes déjà pendantes, et de déduire des premiers actes de la cause des conséquences qui ne pouvaient y être contenues, qui même ne pouvaient être prévues (2). Rien de mieux, comme conseil de prudence adressé au législateur, et tel est aussi l'esprit dans lequel a été porté l'article 1041. Il n'en est pas moins vrai que c'est une exception; en l'absence d'une disposition ex-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 7, n° 1 et 2; Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 335-337.

(2) Meyer, *Principes sur les questions transitoires*, p. 13, 14, 30.